

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Los errores de forma en las ofertas presentadas en los procesos
de contratación pública en el Ecuador y la solicitud de
convalidación**

Sebastián Alejandro Mora Narváez

2015



Yo, *Sebastián Alejandro Mora Narváez*, autor de la tesis intitulada *“LOS ERRORES DE FORMA EN LAS OFERTAS PRESENTADAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR Y LA SOLICITUD DE CONVALIDACIÓN”*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magister en Derecho con Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha, junio 2015

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

*“LOS ERRORES DE FORMA EN LAS OFERTAS PRESENTADAS EN LOS
PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR Y LA
SOLICITUD DE CONVALIDACIÓN”*

Abg. Sebastián Mora Narváez

Tutor: Dr. Genaro Eguiguren

Quito, 2015

RESUMEN

En el desarrollo de la presente investigación se analizará *“LOS ERRORES DE FORMA Y SU CONVALIDACIÓN EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR”*, enfocándose en los siguientes aspectos:

Alcance de las disposiciones contenidas en la legislación ecuatoriana en relación a los errores de forma de las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública, así como su comparación con otras de carácter internacional.

Descripción y análisis del procedimiento aplicable para la convalidación de errores de forma de las ofertas presentadas en la contratación pública, como la motivación para solicitar su convalidación y la posible discrecionalidad de los funcionarios que integran la comisión técnica que la requiere.

Para el efecto, se centrará el análisis en la evolución de esta figura legal, el tratamiento de la misma en las diferentes legislaciones que en materia de contratación pública han regido en el país, el surgimiento de esta medida y su efectividad o desacierto en la búsqueda de brindar una seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

DEDICATORIA

A mi esposa e hijas (Valeria, Luciana y Amelia), quienes han sido, son y serán mi inspiración, motor y razón para superarme cada día en la búsqueda de ser un profesional que contribuya a la construcción de una sociedad justa, diáfana y solidaria, es por esto que a ellas dedico el esfuerzo de haber realizado este trabajo de investigación, que me permitirá alcanzar un logro académico de gran importancia para mi desarrollo personal.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre quien con su ejemplo de mujer integra y transparente, me enseñó que en la vida existen muchos principios que el ser humano debe cultivar y nunca olvidar como la honestidad y el esfuerzo. A mí padre con su ejemplo de humildad profesional y de superación.

Finalmente un profundo agradecimiento al Dr. Genaro Eguiguren, un reconocido profesional del derecho y catedrático universitario, quien prestó su valioso conocimiento y apoyo para el desarrollo de este trabajo como mi tutor.

Contenido

CAPITULO I	ANÁLISIS DOGMÁTICO SOBRE LOS ERRORES EN LAS OFERTAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	9
1.1	LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR, BREVE RESEÑA.	9
1.2	LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR DESDE EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	13
1.3	DEFINICIÓN DE OFERTA.	23
1.4	DEFINICIÓN DE ERRORES DE FORMA Y DE FONDO.	26
1.5	CLASES DE ERRORES DE FORMA Y DE FONDO.....	29
CAPITULO II	LOS ERRORES DE FORMA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA EN MATERIA DE CONTRATACION PÚBLICA Y DERECHO COMPARADO. 33	
2.1	ANÁLISIS DEL ART. 23 DEL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA....	33
2.2	DISPOSICIONES ANÁLOGAS SOBRE ERRORES DE FORMA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y LATINOAMERICANA EN ESPECIAL, LA COLOMBIANA, CHILENA, PERUANA Y ARGENTINA, EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	39
2.3	MUTABILIDAD DE LA OFERTA.	53
2.4	OBLIGATORIEDAD O NO DE IDENTIFICACIÓN DE ERRORES DE FORMA, PREVIO A CONTINUAR CON LA EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS.....	55
CAPITULO III	CONVALIDACIÓN DE LOS ERRORES DE FORMA.....	57

3.1 IDENTIFICACIÓN DE LOS ERRORES DE FORMA DE ACUERDO A LA RESOLUCIÓN NO. 2013-83-INCOP.....	57
3.2 MOTIVACIÓN EN LA SOLICITUD DE CONVALIDACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.....	63
3.3 DISCRECIONALIDAD EN LA SOLICITUD DE CONVALIDACIÓN, POSIBLES PERJUICIOS O BENEFICIOS PARA LOS OFERTANTES.	70
3.4 PROCEDIMIENTO PARA LA CONVALIDACIÓN DE ERRORES DE FORMA.....	73
3.5 ERRORES DE FONDO NO SUSCEPTIBLES A CONVALIDACIÓN.....	78
3.6 CASO PRÁCTICO DE ERROR DE FORMA Y SU CONVALIDACIÓN... ..	80
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES.....	88
BIBLIOGRAFÍA	91
NORMAS JURIDICAS	94

CAPITULO I ANÁLISIS DOGMÁTICO SOBRE LOS ERRORES EN LAS OFERTAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1 LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR, BREVE RESEÑA.

En 1869 la Ley Orgánica de Hacienda, con sus continuas reformas rigió durante el primer tercio del siglo XX, hasta 1927, en que se expide una nueva ley con el mismo nombre que contenía provisiones sobre presupuestos públicos, funcionarios públicos y contratación pública. Esta Ley es sustituida el año siguiente, de 1928, por otra del mismo nombre y con similar contenido, siendo su última codificación en 1975.

La contratación pública adquiere su cuerpo legal propio a partir de la Ley de Licitación y de Concurso de Ofertas de 1976, posteriormente es reemplazada por la Ley de Contratación Pública en el año 1990 con su última codificación en el año 2001, es importante puntualizar que la prestación del servicio de consultoría tenía su propia regulación contenida en la Ley de Consultoría, promulgada en febrero de 1989 y con su con su última codificación en noviembre de 2004. Estas normas jurídicas ni sus reglamentos de aplicación, contenían disposiciones referentes a la subsanación o convalidación de errores de forma que se identifiquen en las ofertas presentadas en los distintos procesos de contratación pública.

Es el 04 de agosto de 2008, con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación –LOSNC- , que en el Ecuador se incorporan herramientas informáticas (portal de compras públicas) y disposiciones que permiten más dinamismo en la contratación pública, cuyo objeto es la adquisición de bienes, ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría.

Es importante señalar de una forma puntual, los principales cambios entre la derogada Ley de contratación Pública (codificación 2001) y la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

- Se incluyó dentro del objeto y ámbito de la LOSNC, la prestación de servicios de consultoría, los cuales se regían por un cuerpo normativo independiente.
- Se creó el Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP-, actual Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP-, rector de la contratación pública en el Ecuador.
- Se constituyó el sistema informático de compras públicas como una herramienta de apoyo para desarrollar los procesos precontractuales.
- Se creó el Registro Único Proveedor –RUP-, lo que permite tener un detalle unificado de los proveedores del Estado, anteriormente cada entidad contratante tenía su propio registro.
- Se establecieron procedimientos precontractuales para aplicación de todas las entidades contratantes, bajo lineamientos preestablecidos, a diferencia de la anterior Ley de Contratación Pública, que para las contrataciones menores a

la cuantía del concurso de ofertas, cada entidad contratante expedía su propia normativa, lo que hizo que existan un sin número de procedimientos diferentes de una entidad a otra.

- Uno de los cambios más polémicos que estableció la LOSNCP, fue la eliminación de los informes previos de la Contraloría General del Estado y de la Procuraduría General del Estado, para el caso de los proyectos de contratos cuyo precio superaba la base para el concurso público de ofertas, este es un tema que inclusive podría ser objeto de un trabajo de investigación específico, ya que se debería analizar los efectos positivos y negativos de la eliminación de estos requisitos previo a la celebración de un contrato.

Enfocándonos en nuestro trabajo de investigación, es menester citar las disposiciones que se crearon, en relación a la convalidación de los errores de forma presentados en las ofertas de los procesos de contratación pública, en el Ecuador que serán analizadas más adelante:

En el artículo 31 inciso final de la LOSNCP señala que: *“En los Pliegos deberá incluirse obligatoriamente un plazo de convalidación de errores de forma de la oferta, de conformidad con lo establecido en el Reglamento.”*¹. Es con esta disposición que por primera ocasión en la legislación ecuatoriana se crea la

¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento del Registro Oficial No. 395 de fecha 4 de agosto de 2008, Art. 31 inciso final.

figura de convalidación de errores de forma, como una etapa imperativa en el procedimiento precontractual.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 399 de 08 de agosto de 2008, el Presidente de la República, expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estableciendo en su artículo 33: *“Convalidación de errores de forma.- Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro de un término de hasta 48 horas, contados a partir de la notificación. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes calificados, a través del Portal de COMPRAS PUBLICAS.”*²

Con Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009, se expidió un nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual derogo el citado en el párrafo precedente, en cuyo artículo 23, se dispone: *“Convalidación de errores de forma.- Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho*

² Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 399 de 08-ago.-2008 (Derogado).

*término se fijará a criterio de la Entidad Contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.*³

1.2 LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR DESDE EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

Como un hecho interesante hay que mencionar que la LOSNCP fue promulgada en agosto 2008, unos meses antes de la vigencia de la nueva Constitución de la República (octubre de 2008), sin embargo como no puede ser de otra manera, los principios que rigen las compras públicas, consagrados en la Constitución son concordantes con los establecidos en la referida LOSNCP.

La Constitución de la Republica en su artículo 288, prescribe que: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”*⁴

³ Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009

⁴ Constitución de la República del Ecuador, art. 288

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 4, de forma taxativa establece bajo que principios se aplicará este cuerpo legal, a saber: *“Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”*⁵

Estos principios enunciados sin duda constituyen un mecanismo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, que guía el adecuado desenvolvimiento de los procesos y contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría y ejecución de obras, imperiosos para satisfacer las necesidades de las Entidades Contratantes y cumplir las metas planificadas para el Estado.

Como referencia es importante mencionar que los principios enunciados anteriormente son los mismos que deben cumplirse en la contratación administrativa, la cual como consecuencia permite la celebración de un contrato administrativo que se caracteriza por contener cláusulas exorbitantes, como por ejemplo la imposición de multas o la terminación unilateral por incumplimiento del Contratista, esto se debe a que el objeto y naturaleza de este tipo de contratos es satisfacer el interés público, por esta razón la contratación administrativa cuenta con prerrogativas que en la contratación

⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento del Registro Oficial No. 395 de fecha 4 de agosto de 2008, Art. 4.

privada se desconoce, en este sentido siempre existirá una desigualdad entre Estado y Contratista.

Bajo este contexto, es pertinente hacer un análisis de cada uno de estos principios rectores que rigen los procesos de contratación pública, incluida la etapa de convalidación de errores de forma.

1. Legalidad.- Para el análisis de este principio, consideraremos lo que manifiesta el tratadista Diego Fernández, en su Manual de Derecho Público, en el que establece que la legalidad es: *“(...) toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se deben sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, es decir que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico”*⁶

Este principio es muy conocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues atribuye la obligatoriedad de que todos los actos, procesos, impugnaciones y formalidades estén previamente constantes en la Ley. En consecuencia los procedimientos de contratación pública para la adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría y ejecuciones de obras, están plenamente preestablecidos en la Ley y otras normas secundarias

⁶ Fernández Suescum Diego Orlando. Manual de Derecho Público. Ediciones Azpiazu. Quito – Ecuador. 2000. pág.

(Reglamentos, Resoluciones y demás actos administrativos), con la finalidad de que sigan un lineamiento privilegiando al orden público sobre el particular.

2. Trato Justo.- Con este principio se busca que las entidades contratantes, traten de la misma manera a los posibles proveedores y oferentes de los distintos procesos precontractuales, sin que exista la posibilidad de que con ciertas acciones se pueda favorecer o privilegiar a algún oferente y perjudicar a otros.

El autor Fernández se refiere al trato justo igualitario también como la equivalencia al principio de imparcialidad contractual que: *“Se traduce en la apropiada aplicación y valoración de la actividad contractual, sea esta previa o post-ejecutiva. En cuanto al accionar de la administración debemos considerar que su imparcialidad es relativa, en cuanto a que por su capacidad jerárquicamente superior es a la vez juez y parte, sin embargo debe estar presente, por ejemplo, en la valoración de ofertas”*⁷

Este concepto de imparcialidad, está completamente ligado al principio de trato justo, ya que busca garantizar que en los procesos de contratación exista la obligación de no beneficiar a determinadas personas naturales o jurídicas oferentes y que las adjudicaciones se las realice como resultado de un trámite imparcial y técnico.

⁷ Fernández Suescum Diego Orlando. Manual de Derecho Público. Ediciones Azpiazu. Quito – Ecuador. 2000. pág.

3. Igualdad.- Un principio sin duda atado al principio de trato justo, con el que se busca el tratar por igual a los oferentes en un proceso de contratación a través de reglas claras que permitan una participación transparente y no direccionada, de aquí deviene la importancia de que los pliegos precontractuales contengan estipulaciones y preceptos claros y participativos no excluyentes y que principalmente se basen en necesidades técnicas y reales de las entidades contratantes.

Respecto a este principio el tratadista Fernández menciona que *“La actividad contractual de la administración pública debe regirse por la igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual”*⁸

Al respecto el Instituto Nacional de Contratación Pública actual Servicio Nacional de Contratación Pública, expidió el 12 de noviembre de 2011, la Resolución INCOP No. 054-2011, mediante la cual se establecieron las: *“(…) Normas Relacionadas con las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia y el Establecimiento de Plazos y Términos que Forman parte de los Pliegos para los Procedimientos de Contratación Pública”*.

⁸ Fernández Suescum Diego Orlando. Manual de Derecho Público. Ediciones Azpiazu. Quito – Ecuador. 2000. pág.

En dicha resolución administrativa, en su artículo 2 se dispone que: *“Las especificaciones técnicas o términos de referencia establecidos, se sujetarán a los principios que rigen la contratación pública, por lo tanto, las entidades contratantes no podrán afectar el trato justo e igualitario aplicable a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, a través de dichas especificaciones o términos de referencia.”*

Con la disposición citada y otras contenidas en la referida resolución, el órgano rector de la contratación pública, obliga a las entidades contratantes, a no incluir aspectos de carácter técnico, legal o económico, que excluya la participación de oferentes y que puedan direccionar, privilegiar a un oferente o un grupo de oferentes.

Lo importante del análisis de este principio, es el no confundir la necesidad de la entidad contratante, que por razones justificadas, establece rangos técnicos para la adquisición de un bien, por ejemplo; y, si en la práctica hay oferentes que quedan fuera de poder ofertar o descalificados, debido que no están dentro de este rango, no se debe entender que se estaría atentando al trato justo e igualitario de los oferentes.

4. Calidad.- Las entidades contratantes realizan sus procesos de contratación, con el fin de satisfacer sus necesidades y en consecuencia las del Estado, a través de la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, que deben cumplir estándares de calidad a un justo precio, es por esto que este principio debe estar orientado a que toda contratación administrativa

busque estos estándares que aseguren que las contrataciones e inversiones estatales, se enfoquen en productos de nivel óptimo.

5. Vigencia Tecnológica.- Los bienes, obras y servicios que se contraten deben estar respaldados con tecnologías actualizadas y soporte técnico de sus fabricantes, esto es lo que busca este principio.

Es importante que también en aplicación a la vigencia tecnológica, se establezcan condiciones en los pliegos contractuales, que permitan y obliguen a los contratistas la transferencia de la tecnología a los técnicos de las entidades contratantes, con el fin de que se logre en un futuro la no dependencia al cien por ciento de los fabricantes.

En relación a este principio el órgano rector de la contratación Pública en el Ecuador, expidió el 16 de mayo de 2013, la Resolución INCOP No. 085-2013, la cual para la adquisición de vehículos, equipos de computación, equipos de impresión y equipos médicos, establece lineamientos de carácter técnico y presupuestario para que estos bienes sean aprovechados en un cien por ciento, como por ejemplo se prevé la contratación de mantenimiento preventivo y correctivo por su vida útil, reemplazo de estos bienes en caso de que el mantenimiento se prolongue, la posibilidad de darlos como parte de pago para la adquisición de bienes nuevos, etc.

6. Oportunidad.- Para el tratadista Lerner Buitron Michelle Stiven, el principio de oportunidad: *“Determina la actividad administrativa. Los órganos*

administrativos actúan en un determinado ámbito de mayor o menor libertad según la ponderación de los fines a cumplir en cada caso singular. Finalidad y libertad, condicionan pues el principio de oportunidad de la actuación administrativa, los que vinculados al tiempo o momento de actuación definen el principio. Lo oportuno significa lo conveniente hoy, pudiendo quizás ser perjudicial mañana”⁹

La oportunidad es un elemento de la discrecionalidad, que impone a la administración pública los criterios necesarios de cuando actuar enmarcados siempre en la legalidad. Por lo tanto el principio de oportunidad debe ser aplicada por la máxima autoridad de las entidades contratantes, con el fin de satisfacer de forma eficiente y eficaz las necesidades y el interés público en general.

7. Concurrencia.- Este principio, está en marcado en la búsqueda de la participación de varios oferentes en un proceso de contratación pública y en fomentar su interés en satisfacer las necesidades del Estado, para lo cual los pliegos precontractuales deben contener estipulaciones que permitan la presentación de diversas ofertas que coadyuven a las entidades contratantes al desarrollo de un trámite precontractual adecuado y a la selección de un contratista que solvante su requerimiento.

⁹ Lerner Buitron Michelle Stiven. La administración pública. Editorial ABC. México Df. 2008. Pág. 46

8. Transparencia.- Este principio es de vital importancia para el correcto cumplimiento de los objetivos establecidos para el Sistema Nacional de Contratación Pública, constantes en la LOSNCP entre los cuales se señala: *“Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;”*¹⁰.

Para la observancia del principio de transparencia, se cuenta con un sistema informático (portal de compras públicas) administrado por el SERCOP, que permite que todos los documentos que se generan en los procesos de contratación pública de las entidades contratantes, se publiquen en esta herramienta, permitiendo el acceso a cualquier persona para que pueda consultar y verificar el contenido de la información, permitiendo la vigilancia y control de la actividad que la administración pública realiza en materia de contratos públicos.

9. Publicidad.- Este principio consiste en dar a conocer de forma oportuna los procedimientos de contratación pública a los posibles interesados para participar en ellos, en la actualidad esto se lo realiza a través del portal de compras públicas, sistema que permite que las invitaciones o convocatorias conjuntamente con los pliegos lleguen de forma directa a los proveedores lo que les admite analizar su participación en los procesos de contratación.

¹⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento del Registro Oficial No. 395 de fecha 4 de agosto de 2008, Art. 9, numeral 3.

10. Participación nacional.- Según Lerner ***“La participación se refiere a las capacidades que permiten que cada persona sea parte de un grupo y aporte de modo efectivo a la vida del conjunto, a partir de sus atributos y potencialidades. De esta forma hablar de Participar, equivale a ser un actor social. La participación se refiere a la posibilidad de aprender los mecanismos y procesos de la democracia por medio de experiencias de participación en los niveles de gobierno y en las acciones que ejecuta para la satisfacción de las necesidades vitales”***¹¹

La participación nacional es un pilar básico para el desarrollo de la industria y matriz productiva del Ecuador, la LOSNCP, como otras normas jurídicas (Código Orgánico de la Producción) contienen disposiciones que dan preferencia a la industria nacional, ante la extranjera, sin embargo siempre es necesario que el bien, servicio u obra nacional cumpla estándares de calidad y que su contratación sea a un justo precio.

Una vez que se ha analizado los principios rectores de la contratación pública, se puede definir la importancia de que estos se cumplan y apliquen de forma taxativa en los procedimientos precontractuales en todas sus etapas, siendo una de estas la convalidación de errores de forma presentados en las ofertas y de esta manera evitar la discrecionalidad de la administración pública al momento de descalificar una oferta, ya que este acto si no está enmarcado dentro de los citados principios afectaría la competencia de los oferentes, más

¹¹ Lerner Buitron Michelle Stiven. La administración pública. Editorial ABC. México Df. 2008. Pág. 47

aún cuando esta facultad se enmarca en la discrecionalidad reglada la cual se ejerce en cumplimiento al procedimiento y con la debida motivación del caso.

1.3 DEFINICIÓN DE OFERTA.

Roberto Dromi, conocido tratadista argentino del derecho administrativo, manifiesta que la oferta contractual es un acto complejo, basado en lo siguiente: *“La etapa del procedimiento licitatorio en la contratación administrativa, que generalmente denominamos la oferta, comprende una serie de actos de significación jurídica, que emiten licitador y licitante respectivamente: a) elaboración; b) presentación; c) recepción; d) apertura; e) aclaraciones y observaciones; f) suscripción del acta, y g) admisión o inadmisión. La oferta en sí misma no es un acto aislado, ni encausado, sino que es la respuesta a un convite y la causa de otros comportamientos administrativos por venir en el decurso procedimental de preparación del contrato”*¹², las etapas que describe el autor son concordantes con las disposiciones constantes en las normas que regulan la contratación pública ecuatoriana, en este sentido viene la reflexión de la importancia que tiene una oferta presentada al Estado por un privado ya que se constituye en un acto investido de formalidad y ofrecimiento de celebrar un contrato administrativo.

En la obra jurídica ecuatoriana denominada *“Régimen de Contratos Públicos”* de la Corporación de Ediciones Legales, se define que el concepto de oferta, en los siguientes términos: *“La oferta o propuesta es un acto jurídico, particular,*

¹² Dromi, R. (1999): Licitación Pública, Buenos Aires - Argentina, Ciudad Argentina, Pag. 40

unilateral, significativo, que lo hace el interesado a la contratante en forma clara, incondicional, indubitable, secreta y escrita, ofreciendo ejecutar un contrato y acreditando su idoneidad moral, técnica y financiera y cumpliendo con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y en la Ley”¹³. Esta definición sin duda recoge varios aspectos prácticos del significado de una oferta, debido que tiene conceptos que se aplican en el desarrollo de los procedimientos de contratación, como por ejemplo un factor primordial la incondicionalidad, esto quiere decir que la oferta no puede tener condiciones ni ser alternativa, ya que debe basarse en los requerimientos de las entidades contratantes que fueron identificados según sus propias necesidades y que constan en los documentos precontractuales (pliegos).

Para comprender el real contexto jurídico de la oferta contractual, es pertinente puntualizar que la misma tiene varias características para su vigencia y validez.

Existen criterios en torno al tema, para el efecto tomaré como referencia lo expuesto por Roberto Dromi en su obra “La Licitación Pública”, en la que se manifiesta que a la oferta contractual se le debe atribuir las siguientes características: “(...) *unilateral, inicial, completa, firme y recepticia. Unilateral.- En razón de que proviene de la libre voluntad de un oferente, el mismo que por su propia iniciativa decide ofrecer a la entidad pública contratante la*

¹³ Ediciones Legales Régimen de Contratos Públicos Tomos I y II

celebración de un contrato administrativo. Su interés será obtener un margen de utilidad que compense el trabajo realizado. Inicial.- Es inicial por cuanto es la primera voluntad que se manifiesta en la posible relación contractual con el Estado, ante lo cual éste último, deberá responder con su aceptación o no aceptación a la misma. En todo caso si no hay oferta no puede haber respuesta del ente público contratante. Completa.- En virtud de que la oferta debe contener la información pertinente y necesaria, determinada y exigida por la ley y por los documentos precontractuales, para que el ente público pueda contar con los elementos de juicio suficientes para poder resolver si la acepta o la rechaza.”¹⁴. En tal virtud no se podría pensar en una oferta incompleta o a medias, debido que la Entidad Contratante (órgano público) no podría decidir sobre su conveniencia o inconveniencia y más bien optaría por un rechazo a la misma. En este sentido presentar una oferta contractual al Estado, es una enorme responsabilidad, considerando los efectos jurídicos que esta trae y por los compromisos (obligaciones) que de ésta surgen, pues es el contenido de la manifestación de la voluntad del proveedor oferente de contratar con el Estado en caso de resultar adjudicatario. Es por esto, de que si el oferente adjudicatario y posterior contratista no cumple las obligaciones estipuladas en el correspondiente instrumento contractual que nacieron de su oferta, tendría sanciones jurídicas graves, debido que la Entidad Pública Contratante podrá aplicar todas las prerrogativas que la ley le asiste como la imposición de multas o inclusive la terminación unilateral y anticipada del contrato la cual da como

¹⁴ Dromi, R. (1999): Licitación Pública, Buenos Aires - Argentina, Ciudad Argentina, Pag. 45

consecuencia la ejecución de garantías y la imposibilidad de contratar cinco años con el estado como lo prescribe la ley ecuatoriana.

La validez jurídica de una oferta contractual se basa en el respeto a las normas jurídicas positivas previstas en la ley y en los documentos precontractuales (pliegos).

De lo establecido en líneas anteriores se deduce que una oferta presentada a una Entidad Contratante representante del Estado, no puede ser alterada en su esencia y que su corrección debe ser únicamente de errores de naturaleza subsanable, el problema nace que quienes deben analizar los errores de forma de una oferta (servidores), no tienen una norma puntual y del todo concreta que describa y abarque los tipos de errores o vicios que pueden ser convalidados, ya que las disposiciones legales al respecto son generales y ambiguas lo que trae como consecuencia una posible discrecionalidad de la administración pública en este requerimiento, que podría atentar a los principios de trato justo e igualdad entre los oferentes.

1.4 DEFINICIÓN DE ERRORES DE FORMA Y DE FONDO.

Previo a enfocarse en la definición de error de forma y de fondo, es importante definir que es en general un error en el ámbito legal, en este sentido el Diccionario Jurídico Cabanellas, precisa:

“Equivocación, yerro, desacierto. | Concepto equivocado. | Juicio inexacto o falso. | Oposición, disconformidad o discordancia entre nuestras ideas y la

naturaleza de las cosas. | Lo contrario de la verdad. | Falsedad. | Acción inconveniente, perjudicial o desacertada. | Cosa imperfecta o contraria a lo normal, prescrito o convenido. | Más particularmente, en Derecho se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo. | COMÚN. Aquella inexactitud, equivocación o falsedad, ya sobre un hecho o sobre un derecho, aceptada como verdad por toda o la mayor parte de la gente. | DE DERECHO. La ignorancia de la ley o de la costumbre obligatoria. Y tanto lo constituye el desconocimiento de la existencia de la norma, es decir, de la letra exacta de la ley, como de los efectos que de un principio legal o consuetudinario vigente se deducen. | DE HECHO. El que versa sobre una situación real; el proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas; y acerca de si se ha producido, o no, un acontecimiento. | ESENCIAL. El relativo a algún elemento fundamental de la relación jurídica, y causa por ello de nulidad. | JUDICIAL. En sentido amplio, toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un juez o tribunal incurre al fallar en una causa.”¹⁵

La conceptualización de error en el contexto jurídico, están enfocada a varios aspectos y naturalezas distintas, entre los cuales pueden existir errores que acarrear graves consecuencias como la nulidad y otros que pueden ser considerados como simples actos involuntarios que pueden ser subsanados por que no afectan al fondo.

¹⁵ <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas/-e>

Para el desarrollo de este trabajo de investigación, es necesario comprender lo que significa la forma y fondo de un error presentado en una oferta, dentro de los distintos procesos de contratación pública.

Un error de forma debe ser comprendido como aquel que no afecta el contenido sustancial de la oferta, que no altera sus condiciones propuestas y que no vicia su compromiso de ejecutar una obra, prestar un servicio o entregar un bien en los términos requeridos por las entidades contratantes.

Un error de fondo en la oferta es todo lo contrario, es aquel que no permite su corrección o subsanación, debido que vicia el contenido de la misma, de tal manera que condicionaría la ejecución contractual, por ejemplo:

- La falta de suscripción por parte del oferente en la oferta presentada, lo cual ocasionaría la no existencia de la aceptación y compromiso del oferente de las condiciones impuestas por la entidad contratante, es decir no habría una propuesta en firme, hecho que no es susceptible de convalidación.
- El no cumplimiento de los requisitos mínimos, requeridos por la Entidad Contratante en los pliegos precontractuales, lo cual no puede ser subsanado ya que el requerir esta documentación atendería con el trato igualitario y justo entre los oferentes.

1.5 CLASES DE ERRORES DE FORMA Y DE FONDO.

En la legislación ecuatoriana, en materia de errores de forma en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública, en el artículo 23 de Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional en su inciso segundo, se establece: *“Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.”*¹⁶

Conforme lo citado en el párrafo precedente, se deduce que estaría previamente establecido los tipos de errores de forma que podrían subsanarse, sin embargo este detalle es ejemplificativo ya que en el texto legal se indica *“tales como”*, esto permitiría a las entidades contratantes, a que otro tipo de errores puedan ser convalidados, sin que necesariamente sean de forma, es aquí donde podría nacer la discrecionalidad que atentaría a los principios señalados en el artículo 4 de la LOSNCP, especialmente los referidos al trato justo e igualitario entre los oferentes.

Sin perjuicio de lo mencionado, es pertinente definir los tipos de errores indicados en el artículo 23 del Reglamento General a la LOSNCP:

1. Error Tipográfico.- A mi criterio y por su naturaleza son aquellos que se comenten sin intención de hacerlo al escribir rápido con el teclado del

¹⁶ Art. 23 Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación.

ordenador o de la máquina de escribir. Los más frecuentes según la Real Academia de la Lengua son confundir letras muy juntas en el teclado, “b” y “v”, “m” y “n”, “a” y “s”... pero otros son simplemente porque escribimos rápido y trabamos letras, como por ejemplo (ejemplos reales) “tla” en vez de “tal”, “ecutro” en vez de “encuentro”, “podrimos” en vez de “podríamos”, “gans” en vez de “ganas”.

El problema principal de los errores tipográficos es que, como estamos acostumbrados a leer rápido y por asimilación de letras, muchas veces ni nos damos cuenta de que están allí ni repasándolo y solo los vemos cuando nos avisan de que están ahí.

Este tipo de error también es conocido como *“lapsus calami”*, que es una expresión latina, que se entiende como un error involuntario e inconsciente al escribir.

2. Error de Foliado.- Foliar significa numerar correctamente y secuencialmente las páginas de un documento en nuestro caso la oferta, este tipo de error es considerado como subsanable ya que no afecta el contenido de la oferta.

3. Error de Certificación.- Las ofertas contienen documentos que podrían presentarse en copia simple, y si el requerimiento de la entidad contratante es de que el documento sea presentado en original o copia certifica, este particular podría ser convalidado y considerado error de forma, sin embargo existe una contradicción con la Resolución INCOP No. RE-83-2013, expedida por el órgano rector de la contratación pública ecuatoriana, debido que en

literal a) del artículo 6, se establece que no será convalidable la presentación de documentación que haya sido obtenida en fecha posterior a la fecha de presentación de ofertas, en este sentido una certificación de un documento no presentado en la oferta por obvias razones se obtendrá con fecha posterior a la de presentación de la oferta, en consecuencia no sería convalidable en concordancia con lo dispuesto en citada Resolución, esta contradicción será analizada más adelante en el desarrollo del Capítulo III, del presente trabajo.

En lo relacionado a las clases de errores de fondo, presentados en la ofertas, los definiremos conforme lo manifiesta el artículo 7 de la Resolución INCOP No. RE-83-2013:

- a) *“La omisión de la firma en el formulario que contiene la Carta de Presentación y compromiso;*
- b) *La alteración o modificación del contenido de la carta de presentación y compromiso o de cualquier otro formulario de tal manera que se pueda entender la existencia de una oferta condicional;*
- c) *La no presentación de cualquiera de los formularios que hacen parte de la oferta conforme la condición y naturaleza jurídica del oferente;*
- d) *La omisión o incumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en los pliegos. Se considerará omisión la falta de documentación sobre un hecho, circunstancia o condición exigida en los pliegos, siempre y cuando, no exista referencia documental en la oferta misma; e, incumplimiento de requisito, cuando con la documentación*

que constituye la oferta no se cumpla la exigencia de la entidad contratante, por tanto, no se solicitará convalidación de información o documentación presentada que incumpla con los Pliegos;

La existencia de errores no convalidables constituirá causal para el rechazo de la oferta.”¹⁷

¹⁷ Art. 7 Resolución INCOP No. RE-83-2013

**CAPITULO II LOS ERRORES DE FORMA EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA EN MATERIA DE CONTRATACION PÚBLICA Y DERECHO
COMPARADO.**

**2.1 ANÁLISIS DEL ART. 23 DEL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY
ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Como lo mencionamos en el Capítulo anterior el “*error de forma*”, es un error de carácter no sustancial, es decir que no es manifiesto, no es de fondo y por tanto no afecta una parte sustancial de la oferta peor aún el objeto de la contratación.

El Art. 31 de la LOSNCP es la base para que a partir del Art. 23 del Reglamento General de la LOSNCP, nazca el sustento legal a la convalidación de los errores de forma que se presenten en las ofertas, base legal que deja abierta la posibilidad de convalidar en número no exacto de tipos de errores o dicho de otro modo, no taxativo, por lo que luego se dio paso a la Resolución N° RE-2013-0000083, de fecha 27 de marzo de 2013 del ex INCOP hoy SERCOP.

Antes de 04 de agosto de 2008 fecha en que se promulgo la LOSNCP, no existía la posibilidad de convalidar las ofertas presentadas y es por eso que se podía declarar desierto un procedimiento por cuestiones de mera forma como la no numeración de la misma o porque no estuviere sumillada o por falta de

presentación de documentación que no afectaba el contenido sustancial, de fondo de la oferta, lo que complicaba la concreción de obras, entrega de bienes o la prestación de servicios necesarios para las entidades públicas y por ende se limitaba el dinamismo también en la parte económica en relación con los particulares.

Ahora bien, el dejar demasiado abierta la posibilidad de convalidación o mejor dicho al no haber una clara numeración de errores de forma que se puedan convalidar, podría prestarse a confundir un error de forma con un error de fondo.

Por otro lado, sí es factible enviar a convalidar documentos que no se encuentren claros, cuando haya contradicción entre estos, o haga falta documentación adicional que amplíe o clarifique lo ofertado, es decir es plenamente convalidable el solicitar documentación de carácter informativa que no afecte a algo sustancial de la oferta, entiéndase sustancial como algo de fondo.

Es el último inciso del artículo 23 del RGLOSNC, el que deja a mi criterio, abierta la puerta para que se pueda convalidar aspectos de fondo y no necesariamente de forma, cuando prevé: *“Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica”*.

Para poder analizar este último inciso del Art. 23 de la LOSNCP, partamos con hacer notar que habla de “documentos” en forma general, esto sin hacer referencia al contenido sustancial de la oferta sino que pone un condicionante que es incorporarlos sin que altere el objeto de la contratación pero que pasa si la omisión de un documento que faltó incorporar en la oferta era parte de un requisito mínimo o simplemente sin el cual era imposible analizar la oferta o la condición del ofertante y que sin embargo al solicitarlo subsana una capacidad legal, técnica o económica?

Ahora bien, si nos ponemos a analizar el último inciso del Art. 23 RGLOSNCP, serían los mismos oferentes los que sin pedido de la Entidad podrían incorporar documentación que subsane su capacidad legal, técnica o económica, esto ya que la disposición legal no deja cerrada esta posibilidad como potestad única de la Entidad contratante sino que deja la puerta para que lo hagan los oferentes de así considerarlo necesario, esto es un espacio que debería ser potestad privativa del Ente contratante ya que estaríamos ante una convalidación que depende de la voluntad del oferente, lo que es contrario al espíritu de la norma tanto del último inciso del Art. 31 de la LOSNCP así como del mismo Art. 23 del RGLOSNCP, aunque el Art. 1 de la Resolución N° RE-2013-0000083, de fecha 27 de marzo de 2013 del ex INCOP hoy SERCOP, estaría ya aclarando que la convalidación de errores queda como prerrogativa de la Entidad Contratante, ahora bien las Resoluciones no deberían modificar algo previsto en un Reglamento de Ley Orgánica aunque se trate del Ente Rector de la Contratación Pública.

Otro punto que quedaría aclarado parcialmente acerca de la presentación de documentación que subsane omisiones o a través de la que pretenda acreditarse un hecho, circunstancia o calidad, su existencia debe estar circunscrita a la fecha de presentación de la oferta y no posterior a pena de ser descalificada la oferta, sin embargo, la inquietud nace con la pregunta qué clase de hechos, circunstancia o calidad se refiere, ya que sin delimitar se deja una puerta abierta a solicitar posible documentación que podría ser de fondo.

Si bien el espíritu del legislador tanto en el último inciso del Art. 31 de la LOSNCP, así como en el Art. 23 del RGLOSNCP es evitar el extremo formalismo administrativo que impedía una competencia justa, el dejar abierta la posibilidad de convalidar cuestiones de fondo atentan contra el mencionado principio, entre otros.

La Dra. Inés María Baldeón¹⁸, en su tesis doctoral “LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR”, p.397, numeral 4.1.3.4.2., referente a la subsanación de errores, nos da un claro ejemplo de que no puede ser objeto de subsanación, esto es los requisitos formales establecidos en la Resolución N° 52-2011 del entonces INCOP, para la conformación de consorcios o compromisos de estos, criterio que tiene su soporte en un

¹⁸ Baldeon Barriga, Inés María, “La Libertad de Empresa y El Derecho de la Competencia en el Marco de la Contratación Pública del Ecuador”, Universidad Castilla – La Mancha, España, P.397.

pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado¹⁹ mediante Oficio PGE N° 01377, de 14 de abril de 2011, por la cual se considera que es obligación de las Entidades Contratantes observar las disposiciones del SERCOP para los procedimientos precontractuales y contractuales, en que participen consorcios o asociaciones de estos sean personas naturales o jurídicas ya que cualquier incumplimiento para presentarse como promesa de asociación o consorcio o sea que estos se encuentren ya constituidos considera la Procuraduría General del Estado no puede ser subsanada o convalidada como error de forma, por lo tanto lo que cabría es la descalificación de la oferta presentada por parte de la Comisión Técnica. La Dra. Baldeón, asimismo considera que sería imposible enviar a convalidar aspectos claves de la oferta, tales como: presentación de compromiso de consorcio sin cumplir lo dispuesto por el SERCOP, cumplimiento de requisitos mínimos del equipo o personal ofertados, entre otros.

En la definición de lo que se entiende por error de forma el Art. 2 de la Resolución INCOP RE-2013-000083, lo hace en el siguiente sentido “*Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna del contenido sustancial de la oferta ...*”, nótese que no se habla de aquellos que no implican una modificación del objeto como inexactamente lo podemos apreciar en el último inciso del artículo 23 del RGLOSNC, esto es un punto fundamental de partida para ser conscientes que un error de forma no solo que

¹⁹ Oficio PGE N° 01377, de 14 de abril de 2011, consultante: Escuela Superior Politécnica del Litoral, ESPOL.

no debe modificar el objeto de la contratación sino que además no debe afectar el contenido sustancial de la oferta.

Un punto importante de mencionar y analizar es como el uso de la herramienta del portal www.compraspublicas.gob.ec ha contribuido a ejercitar el principio de transparencia identificándose así lo solicitado y lo convalidado verificándose en el sistema.

Es en este sentido que para mi criterio el artículo 23 del Reglamento General a la LOSNCP, debe ser determinativo y no permitir la posibilidad de que se lo pueda utilizar como medio de salvar ofertas que contienen errores de fondo, como lo veremos en el Capítulo Cuarto de esta investigación, cuando hagamos un análisis de un caso práctico, considerando que ni todo error vicia la oferta ni cualquier error puede ser objeto de convalidación.

2.2 DISPOSICIONES ANÁLOGAS SOBRE ERRORES DE FORMA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y LATINOAMERICANA EN ESPECIAL, LA COLOMBIANA, CHILENA, PERUANA Y ARGENTINA, EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El derecho comparado al ser una metodología, que permite el análisis de disposiciones contenidas en legislaciones de otros países sobre un tema en particular, será una herramienta importante para la presente investigación, que posibilitará el examinar algunas normas análogas referente a los errores de forma detectados en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública en el Ecuador con la de otros estados, como el español, colombiano, chileno, peruano y argentino.

Se escogió estos países, debido a que sus legislaciones en materia de contratación pública y sistemas informáticos son similares al del Ecuador.

España: El artículo 22, del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que la “*mesa de contratación*”;

“a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector

*Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, **comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación.** A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.”²⁰ (Lo resaltado me pertenece).*

En los artículos 81 numeral 2, 82 y 83 numeral 6 del referido Reglamento, se prescribe:

“Artículo 81. *Calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables.*

(...) 2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.”²¹

“Artículo 82. *Valoración de los criterios de selección de las empresas.*

La mesa, una vez calificada la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley y subsanados, en su caso, los defectos u omisiones de la

²⁰ Art. 22 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

²¹ Art. 81 Ibídem

documentación presentada, procederá a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección de las mismas, a que hace referencia el artículo 11 de este Reglamento, fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.”²²

“Artículo 83. Apertura de las proposiciones.

(...) 6. Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este Reglamento.”²³

Al respecto en lo relativo a los errores subsanables presentados en las ofertas, es menester señalar lo que establece la Comisión Nacional de la Competencia Española en su “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”:

“2. Subsanación de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que

²² Art. 82 Ibídem

²³ Art. 83 Ibídem

podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas. Este riesgo aumenta cuando la inobservancia de determinados requisitos procedimentales es suficiente para la exclusión de las ofertas presentadas. La normativa prevé este riesgo otorgando un plazo para la posible subsanación de errores en el caso de la presentación de documentación administrativa.”²⁴

De las disposiciones citadas, se desprende que la legislación española, prevé la conformación de un organismo que se encarga del desarrollo del procedimiento precontractual denominado “*mesa de contratación*”, que vendría hacer en nuestra legislación la Comisión Técnica (Art. 18 RG LOSNCP), este cuerpo colegiado entre sus atribuciones tiene el notificar a los oferentes los defectos y omisiones identificadas en la documentación presentada que deberán ser subsanada en un término no superior a tres días.

En este sentido se deduce que en el ordenamiento jurídico español, consta en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la figura de subsanación de errores u omisiones en la documentación que se presente para los procesos licitatorios, sin embargo estas disposiciones para mi criterio permiten un alto grado de discrecionalidad de los integrantes de la “*mesa de contratación*” de las distintas entidades contratantes españolas debido que no

²⁴ Comisión Nacional de la Competencia Española , Guía sobre Contratación Pública y Competencia, Pág. 28, http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf

hay una limitación de que se podría subsanar o no, es por esto que, con carácter general debería, ser subsanable la acreditación de datos o elementos relativos a las características de la empresa que ya existieren en el momento de concluir el plazo de presentación de ofertas, y no debería ser subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir tal plazo no existe, o bien de elementos que se refieren al contenido de las ofertas de las empresas, esto concordaría con lo establecido en el literal a) del artículo de la 6 Resolución INCOP No. RE-83-2013, expedida por el órgano rector de la Contratación Pública del Ecuador.

Colombia: Para analizar el procedimiento para subsanar errores de forma detectados en las ofertas presentadas en la contratación pública colombiana, revisaremos lo que establece el modelo de pliegos precontractuales para obra pública, que se encuentra publicado en la página Web Colombia Compra Eficiente:

“H. Revisión de los requisitos habilitantes La Entidad revisará el cumplimiento de los requisitos habilitantes de que trata la sección VI del presente documento. Los Proponentes pueden subsanar la forma como acreditaron los requisitos habilitantes en cualquier momento antes de la adjudicación.”²⁵

La sección VI, de los referidos documentos precontractuales, señala:

²⁵ <http://www.colombiacompra.gov.co/es/manuales-y-documentos-tipo>

“[Nombre de la Entidad Estatal] debe verificar con el Registro Único de Proponentes el cumplimiento de los requisitos habilitantes. Esta verificación se hará de acuerdo con el artículo 9 y 10 del Decreto 1510 de 2013 y el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en Procesos de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente. De conformidad con el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, solo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del Proponente adicionales a los contenidos en el RUP, la Entidad Estatal puede hacer tal verificación en forma directa. [Por otra parte, hasta que las cámaras de comercio estén en posibilidad de recibir las renovaciones e inscripciones del RUP utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, las Entidades Estatales deben verificar directamente que los Proponentes cumplan con los requisitos habilitantes establecidos en el artículo 10 del Decreto 1510 de 2013]”²⁶

De lo descrito en líneas anteriores, se aprecia que la legislación colombiana, en sus disposiciones y estipulaciones (pliegos), establece un procedimiento para subsanar documentos por parte de los proponentes (oferentes), circunscribiendo esta subsanación a la forma como acreditaron sus requisitos habilitantes presentados en el Registro Único de Proponentes -RUP-, conforme lo prescrito en los artículos 9 y 10 del Decreto 1510 de 2013, lo cual evita discrecionalidad en la etapa de identificación y convalidación de errores de forma, debido que se encuentra puntualmente identificados que documentos

²⁶ Ibídem

pueden subsanarse los cuales comprenden información de carácter histórica de las personas naturales y jurídicas oferentes de acuerdo a lo revisado en los citados artículos, por ejemplo: 1. Estados Financieros; y, 2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales.

Chile: El artículo 40 del “*REGLAMENTO DE LA LEY Nº 19.886 DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACION DE SERVICIOS DE CHILE*”: establece: *“Errores u omisiones detectados durante la evaluación: La Entidad Licitante podrá solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran a esos oferentes una situación de privilegio respecto de los demás competidores, esto es, en tanto no se afecten los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, y se informe de dicha solicitud al resto de los oferentes a través del Sistema de Información. La entidad licitante podrá permitir la presentación de certificaciones o antecedentes que los oferentes hayan omitido presentar al momento de efectuar la oferta, siempre que dichas certificaciones o antecedentes se hayan producido u obtenido con anterioridad al vencimiento del plazo para presentar ofertas o se refieran a situaciones no mutables entre el vencimiento del plazo para presentar ofertas y el periodo de evaluación. Para ello, esta posibilidad deberá estar contemplada en las bases de licitación, en las que se especificará un plazo breve y fatal para la corrección de estas omisiones, contado desde el requerimiento de la entidad licitante, el que se informará a través del Sistema. En estos casos, las bases deberán contemplar,*

dentro de los criterios de evaluación, el cumplimiento de los requisitos formales de presentación de la oferta, asignando menor puntaje a las ofertas que no cumplieron, dentro del plazo para presentación de ofertas, con todo lo requerido.”²⁷

De la disposición transcrita, se desprende que la legislación chilena, posibilita a que los oferentes puedan salvar sus errores u omisiones formales, siempre que estos vicios no afecten a los demás ofertantes, es decir que se respete el trato justo e igualitario; asimismo; en este articulado se determina la posibilidad de que el oferente presente documentos que haya omitido en su oferta, con la condición de que hayan sido emitidos con anterioridad a la fecha de presentación de la oferta o que su contenido no sea cambiante (mutable), es decir documentación de tipo histórica que no pueda ser alterada en el tiempo, en conclusión este artículo, permite que la convalidación de errores se la instrumente en cada uno de los documentos precontractuales (pliegos) que las Entidades Contratantes los aprueben para cada procedimiento según la naturaleza de cada objeto de contratación (obra, bienes o servicios), esta condición es trascendental para mi punto de vista ya que admite que la Administración pueda desarrollar y puntualizar en cada base precontractual los errores que podrán convalidarse evitando y controlando la discrecionalidad.

²⁷ Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios De Chile. Art. 40

PERU: En el artículo 68 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública del Estado, se establece:

“Si existieran defectos de forma, tales como errores u omisiones subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará un plazo entre uno (1) o dos (2) días, salvo que el defecto pueda corregirse en el mismo acto.

Asimismo, en caso que algún postor haya omitido la presentación de uno o más documentos que acrediten el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos, el Comité Especial podrá otorgar un plazo entre uno (1) o dos (2) días para que el postor subsane dicha omisión, siempre que se trate de documentos emitidos por autoridad pública nacional o un privado en ejercicio de función”²⁸

De la disposición reglamentaria citada, se desprende que la normativa peruana, establece la posibilidad de que se subsanen errores de forma presentados en las ofertas, que no modifiquen su alcance, esta última palabra sin duda permite que la administración pública peruana, cuente con una discrecionalidad amplia para identificar los errores de forma, lo cual evidentemente podría afectar el trato justo e igualitario entre los proponentes.

²⁸ Reglamento de la Ley De Contratación Pública del Estado, Perú, Art. 68

Asimismo, en dicho articulado se prevé que el oferente en caso de no haber presentado documentación que confirme el cumplimiento de requisitos técnicos mínimos puedan presentarlos, con una limitación que para es importante ya que controla la discrecionalidad, ya que esta documentación debe ser emitida por autoridad pública o privada en ejercicio de funciones, es decir sería información que consta previamente en registros lo cual se podría considerar como documentos de carácter históricos.

Argentina: La legislación argentina, en su Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, prevé un articulado extenso en relación a la subsanación de errores de forma que se presenten en las ofertas, a saber:

“Art. 84.- Causales de desestimación no subsanables. Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos:

- a) Si no estuviera redactada en idioma nacional.*
- b) Si la oferta original no tuviera la firma del oferente o su representante legal en ninguna de las hojas que la integran.*
- c) Si tuviere tachaduras, raspaduras, enmiendas o interlíneas sin salvar en las hojas que contengan la propuesta económica, la descripción del bien o servicio ofrecido, plazo de entrega, o alguna otra parte que hiciere a la esencia del contrato.*
- d) Si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o no se lo hiciera en la forma debida o la misma fuera insuficiente en más de un diez por ciento (10%) del monto correcto.*

- e) Si estuviera escrita con lápiz o con un medio que permita el borrado y reescritura sin dejar rastros.*
- f) Si fuere formulada por personas que tuvieran una sanción vigente de suspensión o inhabilitación para contratar con la Administración Nacional al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquéllas o en la adjudicación.*
- g) Si fuera formulada por personas que no estuvieran incorporadas en el Sistema de Información de Proveedores a la fecha de comienzo del período de evaluación de las ofertas, o a la fecha de adjudicación en los casos que no se emita el dictamen de evaluación o en los procedimientos en que no sea obligatorio presentar junto con la oferta la información y documentación para ser incorporado en el aludido sistema.*
- h) Si fuere formulada por personas físicas o jurídicas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional de acuerdo a lo prescripto por el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificaciones, al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquéllas o en la adjudicación.*
- i) Si contuviera condicionamientos.*
- j) Si contuviera cláusulas en contraposición con las normas que rigen la contratación o que impidieran la exacta comparación con las demás ofertas.*
- k) Cuando contuviera errores u omisiones esenciales.*
- l) Si el precio cotizado mereciera la calificación de vil o no serio.*
- m) Si el oferente fuera ilegible de conformidad con lo establecido en el artículo 86 del presente reglamento.*

n) Si transgrede la prohibición prescripta por el artículo 67 del presente (Prohibición de participar en más de una oferta).

o) Si las muestras no fueran acompañadas en el plazo fijado en el pliego.

En los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación de ofertas.”²⁹

“Art. 85.- Causales de desestimación subsanables.

Cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad.

La subsanación de deficiencias se posibilitará en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes y de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación.

En estos casos la comisión evaluadora o la unidad operativa de contrataciones deberá intimar al oferente a que subsane los errores u omisiones dentro del término de cinco (5) días, como mínimo, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara un plazo mayor.

²⁹ Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Argentina, Art. 84

La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes.

Será posible requerir la subsanación de defectos en la oferta, de conformidad con las pautas establecidas y especialmente, en los siguientes supuestos:

a) Si la oferta original estuviera en parte firmada y en parte no. En estos casos la jurisdicción o entidad contratante intimará a la subsanación del defecto. Si no fuere subsanado en el plazo establecido, se desestimaré la oferta.

b) Si la garantía de mantenimiento de oferta acompañada fuera insuficiente, siempre que el error en el importe de la garantía no supere un diez por ciento (10%) del monto correcto. En este caso la jurisdicción o entidad contratante intimará a la subsanación del defecto. Si no fuere subsanado en el plazo establecido, se desestimaré la oferta.

c) Si no se acompañare la documentación que de conformidad con este reglamento, con las normas que se dicten en su consecuencia y con el pliego de bases y condiciones particulares aplicable, se debe suministrar en el momento de presentar la oferta. En los casos en que dicha documentación no se acompañara junto con la oferta, la jurisdicción o entidad contratante intimará a la subsanación del defecto. Si no fuere subsanado en el plazo establecido, o

*bien si presentada la documentación en ese plazo se comprobara que los requisitos exigidos no estaban vigentes al momento de la apertura de las ofertas, se desestimará la oferta.*³⁰

La subsanación de los errores de forma identificados en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública de las distintas entidades contratantes de la Argentina, se la realiza de acuerdo a los parámetros que están previamente establecidos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, bajo el principio de buscar la mayor concurrencia de ofertas y que no sean desestimadas o rechazadas por simples formalismos intrascendentes, siempre bajo un criterio de precio y calidad.

Como resultado final de este estudio comparativo se desprende que las legislaciones tanto de los países analizados y la del Ecuador, contienen disposiciones similares en relación al tema de esta investigación; asimismo, coinciden que cualquier error de forma que se subsane no debe comprometer sustancialmente el contenido de la oferta, y que no se debe afectar el trato justo e igualitario de cualquier oferente.

Sin perjuicio de lo indicado, para mi criterio los países que en sus legislaciones contienen disposiciones que controlan la discrecionalidad de la Administración Pública, en la identificación de errores de forma en las ofertas son Colombia y

³⁰ Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Argentina, Art. 85

Argentina, debido que determinan con claridad que errores podrían ser convalidables, reduciendo la subjetividad.

Una condición sine qua non, en todas las legislaciones revisadas y la nuestra, es que existe un cuerpo colegiado que según el país tiene una denominación diferente, pero que es el encargado de evaluar las ofertas presentadas e identificar los errores de forma.

2.3 MUTABILIDAD DE LA OFERTA.

En este numeral se analizará que tan mutable podría ser una oferta presentada a la Administración Pública.

Bajo este contexto recordaremos la definición de oferta, señalada por la Corporación de Ediciones Legales, en el numeral 1.3 del primer capítulo de este trabajo, en el que se indicó que la oferta o propuesta es un acto jurídico, particular, unilateral, significativo, que lo hace el interesado a la contratante en forma clara, incondicional, indubitable, secreta y escrita, ofreciendo ejecutar un contrato y acreditando su idoneidad moral, técnica y financiera y cumpliendo con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y en la Ley.

De lo establecido en el párrafo precedente y de todo lo analizado en el referido numeral del capítulo primero de esta investigación, la oferta es un documento efectuado por un privado, el cual se compromete a dar estricto cumplimiento

con lo ofrecido, en caso de que su oferta sea adjudicada y por ende se celebre posteriormente un contrato.

Es en este escenario que deviene la pregunta si una oferta puede ser mutable, esto quiere decir si podría cambiar, la respuesta es que una vez que fue entregada no puede ser alterada en su esencia, por lo que deberá cumplir con todos los requisitos solicitados en los pliegos precontractuales aprobados por la entidad contratante, en este caso cualquier error que se presente en la oferta deberá ser únicamente de forma.

Al ser la oferta el resultado del requerimiento de la entidad contratante, la cual se presenta en la fase precontractual, es importante analizar que es mutable en esta etapa, queda claro que la oferta no es cambiable, pero los documentos precontractuales denominados pliegos si son mutables, la interrogante es en que momento, en nuestra legislación este cambio se lo puede realizar en la etapa de preguntas y aclaraciones, en la que se puede hacer cambios o modificaciones a los pliegos a excepción del objeto de la contratación y presupuesto referencial conforme el artículo 22 del Reglamento General a la LOSNCP.

De lo comentado en este numeral, se podría definir que debido al contenido de una oferta, que sería la prestación de un servicio, adquisición de un bien o ejecución de una obra, para satisfacer las necesidades del interés público, ésta deben ceñirse a lo estipulado en las bases precontractuales sin condicionamiento alguno y sin posibilidad a que pueda mutar (cambiar) en

consecuencia este documento presentado por el oferente se mantendrá invariable en el tiempo y será parte consustancial del contrato que se celebre.

2.4 OBLIGATORIEDAD O NO DE IDENTIFICACIÓN DE ERRORES DE FORMA, PREVIO A CONTINUAR CON LA EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS.

Es indudable que parte de la calificación de las ofertas consiste en identificar los errores de forma que se pudieren presentar en las ofertas, no solo porque su convalidación está prevista en la LOSNCP, su Reglamento General y la Resolución RE-2013-0000083, de fecha 27 de marzo de 2013 del ex INCOP hoy SERCOP, sino porque es obligación de la Comisión Técnica o del delegado (dependiendo de la naturaleza y montos del procedimiento) el solicitar a los oferentes se corrija o aclare la documentación presentada a fin de que se tenga una oferta que presente de la mejor manera a la Entidad los bienes o servicios a entregarse.

Otro punto importante del porque es indispensable identificar los errores de forma previo a continuar el procedimiento consiste en que después de terminado el mismo al celebrar el contrato la oferta llega a ser documento habilitante del contrato y si la oferta presenta imperfecciones como contradicciones de lo que se ofrece o las condiciones en que se ofrece puede haber problemas, especialmente si en la ejecución del contrato hubiere un

incumplimiento tal que se iniciare un proceso de terminación unilateral del contrato.

La evaluación de una oferta inicia con la apertura de sobres que las contiene y sin duda el identificar los errores de forma que se llegaren a presentar no es la excepción y es una tarea indelegable de la Comisión Técnica el hacerlo, inclusive en el caso de formarse una subcomisión de apoyo ya que la responsabilidad de realizar la evaluación le corresponde a la mencionada Comisión Técnica, conforme los artículos 18 y 19 del Reglamento General a la LOSNCP.

Así como la evaluación de las ofertas es un deber de la Comisión Técnica, es también un derecho de los oferentes el subsanar errores de forma que se llegaren a detectar en la documentación que llegaren a presentar y a no ser descalificados por este tipo de errores no sustanciales y que no afectan el objeto de la contratación. Es así, como la identificación de errores conlleva la obligación de enviar a convalidar no solo por salvaguardar los intereses de la Entidad sino también para no vulnerar los de los oferentes, y de esta manera respetar los principios dispuestos en el artículo 4 de la LOSNCP.

CAPITULO III CONVALIDACIÓN DE LOS ERRORES DE FORMA

3.1 IDENTIFICACIÓN DE LOS ERRORES DE FORMA DE ACUERDO A LA RESOLUCIÓN NO. 2013-83-INCOP.

Las entidades contratantes, a través de las Comisiones Técnicas o los delegados de la máxima autoridad según la naturaleza de cada proceso, son los responsables de analizar e identificar los errores de forma en las ofertas presentadas, conforme lo establece en el último inciso del artículo 31 de la LOSNCP y artículo 23 del RGLOSNCP, con la finalidad de solicitar su convalidación, para el efecto el INCOP actual SERCOP, el 27 de marzo de 2013, expidió Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, la cual regula esta etapa.

Para efecto de la identificación de errores de forma las Comisiones Técnicas o los delegados de la máxima autoridad de las entidades contratantes, deberán basarse en la definición que se establece en el artículo 2 de la referida Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, a saber:

“Artículo 2. ERROR DE FORMA.- Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna del contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos sobre su capacidad legal , técnica o económica; ilegibilidad de la información. contradicciones o discordancia que causen duda

entre la información consignada por el participante en su oferta y la documentación con la que lo respalda.”³¹

Esta resolución administrativa expedida por el órgano rector de la contratación pública del Ecuador, en el artículo citado en párrafo precedente, lo que busca es conceptualizar de una forma unificada al error de forma, ya que se recoge de forma integral lo establecido en el artículo 23 del RGLOSNC.

Una vez iniciada la etapa de evaluación de ofertas, como primer paso se debe identificar únicamente los errores de naturaleza convalidable, de acuerdo a lo indicado el artículo 6 de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083:

“a) Que la información documental para verificación de un hecho, circunstancia o condición haya existido con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas, siempre que de cualquiera de los documentos presentados con la oferta, conste la información que se solicita convalidar, Por lo tanto, no será convalidable la presentación de documentación que haya sido obtenida en fecha posterior a la fecha de presentación de ofertas

De presentarse información sobre la convalidación solicitada por la entidad contratante, a través de la que pretenda acreditarse un hecho, circunstancia o calidad cuya existencia sea posterior a la fecha límite de

³¹ Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. Art. 2

presentación de las ofertas, la misma no será considerada.”³²

Lo indicado, daría la posibilidad que se solicite documentación para verificar una circunstancia o un hecho, siempre que en la propia oferta se desprenda la información que se solicite convalidar, y que dicha documentación haya sido conseguida con anterioridad a la fecha de presentación de las ofertas, el principio es correcto, sin embargo en la práctica no se cumple, para entender de mejor manera lo que pretendo explicar pondré un ejemplo:

En un proceso de contratación, se solicita el detalle de experiencia del oferente el cual consta en el formulario respectivo, sin embargo el oferente no presenta ningún respaldo de dicha experiencia a pesar de que se le requirió en los pliegos que adjunte documentación que compruebe este hecho, lo correcto para mi criterio es rechazar la oferta porque simplemente no cumplió una condición preestablecida en los pliegos. Sin embargo y se puede observar en la información que consta en portal de compras públicas, que las entidades contratantes, amparándose en la letra a) del artículo 6 de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, solicitan la convalidación de este particular, si bien lo que muchos entendidos en la materia podrían decir, es que si este documento es posterior a la fecha de entrega de la oferta no tiene validez, el problema podría darse que el oferente solicite la emisión de este documento con fecha anterior a la de presentación de la oferta y entregarlo en la etapa de convalidación de errores. Para no permitir que suceda esto, se debería limitar a

³² Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. Art. 6, letra a)

que los documentos que se soliciten convalidar no solo deban haber sido expedidos con fecha anterior a presentación de la oferta, sino que sean aquellos que consten en un registro público, por ejemplo licencia ambiental, certificado de funcionamiento de un tanquero de combustible, etc., el primero se emite por el Ministerio de Ambiente y el segundo por la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos –ARCH-.

“b) La omisión de la firma en un formulario, a excepción del Formulario que contiene la Carta de Presentación y Compromiso, su poca legibilidad así como la de cualquiera de los datos consignados y cuyo contenido no comprometa la seriedad, compromiso del oferente, su participación en el proceso de contratación y no implique modificación al contenido sustancial de la oferta, será considerado como un error convalidable.”³³

Lo que se pretende establecer en el citado literal, es que la mera formalidad no comprometa una oferta permitiendo su descalificación y por ende de que las entidades contratantes no puedan contar con un mayor número de ofertas, obviamente con un limitante, debido que cualquier formulario podría ser presentado omitiendo su firma a excepción de la carta de presentación y compromiso ya que ésta es prácticamente la oferta, entendiéndose a este formulario la adhesión del oferente a las condiciones requeridas por la entidad contrate en los pliegos, la intención es la correcta, sin embargo en la actualidad ya no es aplicable debido que el modelo obligatorio de pliegos elaborado por el

³³ Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. Art. 6, letra b)

SERCOP de acuerdo al artículo 27 de la LOSNCP, establece un único formulario el que recoge no solo la carta de presentación y compromiso, sino un sin número de condiciones más, en consecuencia la no presentación de este formulario único no suscrito daría la descalificación automática del oferente.

“c) Las inconsistencias establecidas entre la información registrada en los formularios que hacen parte de la integridad de la oferta con relación a los documentos de soporte o probatorios de una determinada condición, se considerarán errores convalidables. Por consiguiente, solo podrá requerirse la información constante en el formulario que no se haya adjuntado como documentación de soporte de la oferta.

La documentación que haya sido adjuntada como soporte de la oferta pero que no conste expresamente señalada en los formularios, será analizada y evaluada para verificar si cumple lo exigido en los pliegos, y por tanto se podrá pedir convalidación del formulario en virtud de la documentación adjunta.

Bajo ningún caso se procederá a solicitar convalidación de información que no conste de los documentos de la oferta.”³⁴

³⁴ Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. Art. 6, letra c)

Para identificar este tipo de error, lo que se debe tener claro, es la inconsistencia que se presente en los formularios que hacen parte sistemática de la oferta con respecto de sus documentos de soporte, para un mejor entendimiento expondré un ejemplo: en el formulario de equipo mínimo requerido en un proceso de obra se detalla: tres retroexcavadoras, dos gallinetas y un tractor que es lo requerido por la entidad contratante, sin embargo en los documentos de sustento no consta los que comprueban a existencia de las retroexcavadoras, estos documentos podrían solicitarse en la convalidación de errores.

“d) Podrán ser considerados dentro de la etapa de convalidación de errores, la aclaración, ampliación o precisión requeridas respecto de una determinada condición cuando ésta se considere incompleta, poco clara o incluso contradictoria con respecto a otra información dentro de la misma oferta.”³⁵

Estos tipos de errores de forma, sin duda son los más concretos que se establecen en la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, ya que se refieren a contradicciones, aclaraciones, o completación de información de la oferta, es decir la situación es predeterminada, por ejemplo en un proceso de adquisición de bienes, en el formulario de especificaciones técnicas, consta que la torre de perforación ofertada es 2000 HP, sin embargo en el catálogo de dicho equipo consta que es de 1500 HP, en la etapa de convalidación de errores se deberá solicitar al oferente aclare esta contradicción.

³⁵ Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. Art. 6, letra e)

Es de esta forma y bajo el análisis realizado, que las entidades contratantes a través de sus comisiones técnicas o delegados, deben identificar los errores de forma presentados en las ofertas y posteriormente solicitar su convalidación.

3.2 MOTIVACIÓN EN LA SOLICITUD DE CONVALIDACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.

Es oportuno indicar que en el caso de la solicitud de convalidación de errores de forma, la correcta motivación es indispensable para la respuesta adecuada por parte del oferente que puede desconocer la norma y la explicación clara de la solicitud (motivación) puede conducir a que se convalide con éxito y haya una mayor participación de oferentes que traiga como consecuencia una mejora en el resultado final del procedimiento ante una concurrencia de más oferentes.

La adecuada motivación a través de la solicitud de convalidación de errores da legitimidad y validez al requerimiento. Es decir la Entidad Contratante debe exponer los motivos de hecho y de derecho que amparan lo solicitado y que luego servirán de elementos para la toma de una decisión correcta para la calificación de la oferta o su descalificación. A nivel constitucional, la motivación es una garantía del debido proceso pero no es ajena a la contratación pública en los actos de las Entidades y de sus funcionarios en la ejecución de los diferentes procedimientos de contratación.

La motivación lejos de ser una cuestión de forma lo es de fondo porque constituye una declaración de los hechos y de los fundamentos en derecho que son el ser mismo de la emanación del acto, es la razón por la que nace el acto y según la Constitución de la República, en su Art. 76 numeral 7 literal I): “(...) *Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*”³⁶.

Para GARCIA DE ENTRERRIA: “*Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto*”³⁷

En el mismo sentido, FERNANDEZ VAZQUEZ sostuvo que la motivación es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos (aspectos reglados del acto) y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad (aspectos discrecionales del acto) agregando que “....la motivación no sólo tiene por finalidad conocer con mayor

³⁶ Constitución de la República, Art. 76 numeral 7 literal I)

³⁷ “Curso de Derecho Administrativo”, T. I, 5ª Ed., Civitas S.A., Madrid, 1989, Pág. 549.

*certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada....*³⁸

Para abarcar más profundamente la motivación que debe contener un acto administrativo o de simple administración, es importante establecer jurisprudencia de casación sobre el deber de la motivación como un requisito que no es puramente formal, considerando que este recurso extraordinario tiene como objetivo la correcta aplicación e interpretación de las normas sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, resuelve el Recurso de Casación No. 411-2009, interpuesto por la representante legal de la Constructora Sanmartín Granda CIA. LTDA., en contra de la sentencia de 29 de julio de 2009, expedida dentro del Juicio Contencioso Administrativo No. 085-08, que ratificó la Resolución de Terminación Unilateral del Contrato celebrado entre la Municipalidad de Biblián y la referida Compañía constructora.

En este recurso la parte actora, fundamenta su demanda en la falta de motivación de la Resolución de Terminación Unilateral (acto administrativo) y

³⁸ Fernández Vázquez, Emilio, “Diccionario De Derecho Público”, Págs. 506 Y 507.

de la sentencia del órgano inferior, sin embargo la Sala de lo Contencioso Administrativo, establece que dicha sentencia y acto administrativo contienen la motivación necesaria y que no se transgredió ninguna norma sustancial, en tal virtud rechazó el recurso interpuesto, de haber sucedido lo contrario y no haber existido la motivación suficiente se hubiera admitido el recurso, dejado insubsistente la sentencia del órgano inferior así como el acto administrativo de terminación unilateral, con efectos jurídicos gravísimos ya que se podría establecer daños y perjuicios causados a la Contratista e indemnizaciones económicas a su favor.

En consecuencia nos podemos dar cuenta que la motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

El Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública (norma ecuatoriana), en su artículo 4 aborda el tema de la motivación de los actos administrativos, así:

“Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.”³⁹

De todo lo indicado deviene, que la solicitud de convalidación de errores de forma que se sustenta en el acta de calificación de ofertas, que es considerada un acto de simple administración debe estar debidamente motivada sobre la base de lo dispuesto en el artículo 23 de la LOSNCP y Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, como fundamentos de derecho, asimismo, deberá basarse en los hechos que se presenten en las ofertas que serán plenamente concordantes con las disposiciones legales referidas.

Si el requerimiento de convalidación no contiene la suficiente motivación, podría ser susceptible de impugnación por el o los interesados conforme lo prescrito en los artículos 102 y 103 de la LOSNCP, que establecen:

³⁹ Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública Art. 4

“Art. 102.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.

La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

Art. 103.- Del Recurso.- El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la

resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.”⁴⁰

De esta forma se entiende lo importante de contar con la justificación jurídica como un requisito fundamental para una adecuada y motivada solicitud de convalidación de errores de forma en las ofertas presentadas en los distintos procesos de contratación pública.

3.3 DISCRECIONALIDAD EN LA SOLICITUD DE CONVALIDACIÓN, POSIBLES PERJUICIOS O BENEFICIOS PARA LOS OFERTANTES.

Al abordar el tema de la discrecionalidad debemos tomar en cuenta los límites de aquella y su relación con la adecuada motivación de los actos de la Administración. Es así como el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública en el segundo inciso del Artículo 2 nos indica: *“La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. ...”⁴¹*.

La discrecionalidad tiene un aspecto técnico que consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con

⁴⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Arts. 102 y 103

⁴¹ Reglamento para el control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, Art. 2

libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos, técnicos o sociales.

De igual forma la discrecionalidad contempla también un procedimiento normativo, es decir que el acto de la administración debe respetar el procedimiento normativo establecido para la emisión del acto, en el caso de la convalidación de errores el artículo 23 del Reglamento General de la LOSNCP y la Resolución INCOP-0000083, de 27 de marzo de 2013.

El control de la discrecionalidad de los actos administrativos conduce a evitar una arbitrariedad de los mismos cuya causa principal puede ser una falta de motivación o que la misma no sea adecuada, pero ¿qué puede entenderse por adecuada? Podríamos decir que es la correcta valoración de los hechos con la norma prevista para el efecto para con esto poder claramente solicitar lo que pretende la Entidad a los administrados.

Para la tratadista Silvia Cimma Enrique: *“dentro de un régimen de derecho la Administración debe actuar subordinada a la ley, vale decir, a normas positivas, legales y reglamentarias que regulan la actividad administrativa, por lo que cada vez que sus actos ejecuten una ley o un reglamento nos encontramos en presencia de un acto reglado, un acto sometido a normas predeterminadas”*⁴²

⁴² Silva Cimma, Enrique. “Derecho Administrativo chileno y comparado”. Actos, contratos y bienes. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 65.

En este sentido nos preguntamos: ¿cuáles serían las consecuencias de una discrecionalidad desmedida por parte de las comisiones técnicas o del delegado de la máxima autoridad en la identificación de errores de forma? La respuesta sería un beneficio a favor de uno o varios proveedores en desmedro de otros, lo que acarrearía un perjuicio no solo a favor de otros posibles proveedores sino también se vería perjudicada la Entidad, en la calidad de proveedores que prestarán un servicio y por otro lado también en conseguir el mejor precio para la adquisición de un bien y la prestación de un servicio.

Más allá del perjuicio antes mencionado al proveedor y a la Entidad, el eliminar a unos oferentes por “no cumplir” un requisito que fue considerado de fondo siendo de forma podría acarrear una observación al Delegado o a los integrantes de una Comisión Técnica por parte de un organismo de control dentro de un examen ex post del procedimiento de contratación. Sin embargo de lo expuesto, hay otra consideración que hay que tomar en cuenta y esta es la responsabilidad de todos los que intervienen en las diferentes etapas del proceso, esto está contemplado en el artículo 99 de la LOSNCP.

En conclusión, la discrecionalidad absoluta o total constituye no solo en un perjuicio a los contratistas sino también para las entidades contratantes, sin desconocer la discrecionalidad reglada, siendo responsables personal, pecuniaria y hasta penalmente todos los funcionarios que intervinieron en la etapa precontractual del procedimiento. Sin perjuicio de lo analizado habría que tomar en cuenta otro aspecto que es la concurrencia a futuros

procedimientos de contratación no solo del proveedor que se lo perjudicó sino de todos aquellos que llegaren a enterarse de una decisión de una Comisión Técnica o de un delegado que actuó con tanta discrecionalidad que lo descalificó. Todas estas acotaciones han causado severas quejas de los proveedores afectados ante el órgano de control de la contratación pública, el SERCOP, lo que a su vez podría acarrear sanciones por parte de éste a la Entidad y ser un precedente para sanciones más severas.

Pero la discrecionalidad debe ser entendida de ambos lados, es decir, el lado sancionador que lleva a la descalificación sin motivación ante una cuestión difusa pero también debe entenderse como una omisión por parte de la Comisión Técnica o del delegado ante un deber de eliminar a uno o varios oferentes ante una cuestión de fondo tomada de forma o simplemente no tomada ni en cuenta.

3.4 PROCEDIMIENTO PARA LA CONVALIDACIÓN DE ERRORES DE FORMA.

Sin lugar a dudas la normativa para la solicitud de convalidación de errores de forma está prevista en el artículo 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, RGLOSNCPP, y en forma complementaria en la Resolución N° RE-2013-0000083, de 27 de marzo de 2013.

Pero más allá de la normativa ya mencionada varias veces en el presente trabajo, debemos comenzar por analizar quienes están autorizados para solicitarla y cómo. Es así como los autorizados pueden ser: la Comisión Técnica que es designada por la máxima autoridad de la Entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del RGLOSNCOP o por el delegado de la máxima autoridad de acuerdo al artículo 4 del RGLOSNCOP, la clase de delegación sea a Comisión Técnica o al delegado depende del monto y naturaleza de la contratación.

En cuanto a la Comisión Técnica, sus integrantes para poder solicitar convalidación de errores primero debe comprobarse el quórum de instalación, para iniciar la sesión de análisis de las ofertas presentadas, de los 3 integrantes que la conforman se puede reunir y tomar resoluciones, entre ellas la de convalidación, por al menos dos de sus integrantes pero uno de ellos debe siempre ser el presidente.

En el otro caso, siendo un funcionario delegado de la máxima autoridad le corresponde a este y a nadie más el solicitar la convalidación de los errores de forma detectados en las ofertas, debemos aclarar aquí que no existiría delegación de éste funcionario hacia otro ya que la máxima autoridad al depositar su confianza en él se convierte en una delegación *intuitu personae*, es decir en consideración a la persona y no cabe delegación sobre delegación para el desarrollo de ninguna de las etapas del procedimiento, salvo que en el acto de delegación se lo haya previsto.

Sin perjuicio de la prohibición descrita en el párrafo anterior, la Comisión Técnica puede, de ser necesario, nombrar una subcomisión (Art. 19 RGLOSNC) de apoyo para el proceso de calificación, pero que no se confunda, ésta no puede solicitar por sí sola la convalidación de errores de forma sino que es la Comisión la que puede solicitar, siendo la Comisión de apoyo o el delegado, según el caso, los autorizados para solicitarla.

Una vez aperturados los sobres que dicen contener las ofertas, inicia la etapa de calificación y cuando se detectaren errores de forma susceptibles de ser convalidados, es decir que no sean sustanciales, la Comisión Técnica o el delegado, están en la obligación de solicitar su convalidación, quedando a discreción de la Entidad el término en que éstas deban realizarse que puede ser de 2 a 5 días, dependiendo del tipo de procedimiento y del grado de complejidad y magnitud de la información solicitada. En todo caso siempre se deben observar los principios de oportunidad, igualdad y trato justo.

Como segundo paso, debe tomarse en cuenta que la notificación de los errores que según lo dispuesto en el mismo artículo 23 del RGLOSNC debe ser realizada a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, a todos los oferentes, y cuando se reciba ésta, la Comisión Técnica o el Delegado debe analizarla y que sea coincidente con la información presentada en forma física por los oferentes hasta el día y hora previstos en el cronograma del proceso de contratación.

La respuesta a la convalidación debe ser realizada en los plazos requeridos y en formato físico y digital (portal compras públicas) hasta el tiempo que se señale en la solicitud. Si se convalidare de forma física dentro del tiempo previsto pero no se subiere la documentación objeto de la convalidación al portal, ésta no tendrá ningún valor ya que la herramienta es de uso obligatorio.

Antes de la expedición de la Resolución N° RE-2013-0000083, de 27 de marzo de 2013, el oferente de oficio podía entregar documentación en la etapa de convalidación para subsanar omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica, pero con la resolución antes mencionada (Art. 1) solo se puede entregar información para subsanar errores de forma ha pedido expreso de la Entidad Contratante.

El pedido de convalidación debe ser muy bien motivado y claro en sus pretensiones para que la respuesta sea satisfactoria, debiendo ser el pedido individual y no general, es decir por ejemplo si existe una contradicción en la documentación presentada se debe solicitar su aclaración señalando específicamente cuál es la contradicción, las páginas en dónde consta la inexactitud, el aspecto objeto de la confusión, etc., para que se pueda convalidar satisfactoriamente y no solo mencionar que existe una contradicción en la documentación presentada.

La solicitud de convalidación tiene un efecto directo e inmediato que es la reprogramación del cronograma y la suspensión de la calificación hasta que se entregue lo solicitado, luego de lo cual se continúa con la evaluación de las

ofertas, debiendo la Comisión Técnica o el delegado realizar un informe sobre su conformidad o no de la documentación recibida, informe que es plasmado en el acta de calificación para luego ser publicado en el portal www.compraspublicas.gob.ec. Una vez recibida la convalidación se la debe aceptar o no, siendo improcedente el solicitar nuevamente una aclaración a ampliación de la información recibida como convalidación.

Si bien es cierto que en el artículo 23 del RGLOSNCPP consta qué se entiende como errores de forma hay una puerta abierta a qué se entiende por forma cuando incorpora la palabra “*tales como*”, es decir no hay una enumeración taxativa, cuestión que se ha intentado corregir o subsanar de mejor modo en la Resolución N° RE-2013-0000083, de 27 de marzo de 2013, en su artículo 6 referente a los errores de naturaleza convalidable, considerando desde el literal a) hasta el d) qué es lo que se debería entender como un error de forma y su naturaleza convalidable, sin embargo tampoco se ha dejado cerrada la puerta ya que no es una enumeración concreta.

La falta de una normativa más específica y clara puede dar lugar a un abuso de la discrecionalidad dentro de la cual actúa la Comisión Técnica o el Delegado, por ejemplo cuando se envía a convalidar una información inexistente con una ampliación o aclaración de una documentación que aunque tiene relación con lo que se solicitó no es lo que se solicitó.

3.5 ERRORES DE FONDO NO SUSCEPTIBLES A CONVALIDACIÓN.

Se debe entender como errores de fondo aquellos que implican una modificación sustancial al objeto de la oferta, como ya lo hemos mencionado en líneas anteriores. Son errores de este tipo por ejemplo el incumplimiento de un requisito mínimo previsto en los pliegos, la no firma del formulario único de oferta, entre otros.

En la Resolución N° RE-2013-0000083, en su artículo 7 aborda el tema de qué es lo que se debe entender por errores no subsanables, es decir, de fondo.

Sería infructuoso transcribir los casos que por error de fondo se entenderían, aunque si cabe una sucinta ejemplificación del tema a fin de identificar la naturaleza del error.

La alteración del formulario único de oferta condicionando o modificando la oferta es una cuestión de fondo ya que los requisitos los impone la Entidad no el oferente, el cual siempre es libre de presentar su oferta o abstenerse de aquello si le es inconveniente de alguna forma.

Al respecto de los errores de fondo habría una aparente contradicción entre el último inciso del artículo 23 del RGLOSNC y la Resolución N° RE-2013-0000083, en su artículo 7 literal d) y artículo 9. Por un lado, el Reglamento General prevé la posibilidad de subsanar omisiones sobre la capacidad

legal, técnica o económica y por otro lado, los artículos antes mencionados del RGLOSNCNP lo prohíben. En otro capítulo de este trabajo se analiza con profundidad esta contradicción pero era importante mencionarla ya que atañe al tema en estudio del presente numeral.

La consecuencia natural de identificarse un error de fondo no puede ser otro que la descalificación o rechazo de la oferta, pero siempre debe ser producto de un análisis de los funcionarios a los cuáles se les confió esta responsabilidad y por supuesto debe ser plasmada en un informe que es incorporado en el Acta de calificación, el cual en su conclusión siempre debe motivarse y explicarse el motivo del rechazo de la oferta.

El problema de no delimitar la casuística de lo que se entiende como forma y fondo ocasiona la tergiversación de los mismos con consecuencias nefastas como la aceptación de una oferta inconveniente para los intereses institucionales o por otro extremo la descalificación de una oferta que si es conveniente para la Entidad.

Ahora bien, la sana crítica que pudieren tener los integrantes de la Comisión Técnica o el Delegado, la discrecionalidad del servidor público que aún reglada por un Reglamento de control de discrecionalidad para sus actos es sin duda insuficiente para determinar de manera totalmente diáfana y transparente que convalidar y que no, porque hay casos que parecerían sacados de un laboratorio pero que sin embargo se dan y los criterios

divididos por esta confusión pueden llegar a cometer una injusticia con algunos oferentes al atender a los principios de la contratación pública.

Finalmente, otro error que acarrea el no saber diferenciar un error de forma de uno de fondo puede ser el perjuicio económico a la Entidad ya que la falta de concurrencia acarrea menos competencia y esta precios más altos para cualquier Entidad, dicho de otra manera, el descalificar a uno o varios oferentes por una falsa percepción de lo que es de forma y lo que es de fondo porque no hay una enumeración taxativa podría y de hecho trae como consecuencia quejas ante organismos de control, pone en tela de duda la integridad de los integrantes de la Comisión Técnica o del Delegado, según el caso, y un perjuicio económico a la Entidad.

3.6 CASO PRÁCTICO DE ERROR DE FORMA Y SU CONVALIDACIÓN.

Para efecto de este numeral, vamos analizar un caso práctico de convalidación de errores de forma de un proceso de contratación cuyo objeto fue la prestación del servicio de transporte, carga y descarga de tuberías y equipos petroleros con un presupuesto referencial de USD. 1.352.880, toda la información que revisaremos ha sido obtenida del portal de compras públicas y de la entidad contratante.

La modalidad contractual utilizada para el desarrollo del referido proceso de contratación, fue de subasta inversa electrónica, según el siguiente cronograma:

Fecha de Publicación	2014-01-06 19:00:00	Indicar la fecha real en la cual desea publicar el Proceso.
Fecha Límite de Preguntas	2014-01-08 19:00:00	Fecha máxima para solicitar aclaraciones respecto al Proceso de Contratación.
Fecha Límite de Respuestas	2014-01-10 19:00:00	Fecha máxima para solventar cualquier inquietud relacionada al Proceso de Contratación.
Fecha Límite entrega Ofertas	2014-01-16 15:00:00	Fecha máxima de entrega Ofertas Técnica.
Fecha Límite solicitar Convalidación	2014-01-17 15:00:00	Fecha máxima para que la Entidad notifique los errores de forma en las ofertas.
Fecha Límite respuesta Convalidación	2014-01-21 15:00:00	Fecha máxima para respuestas de Convalidación de Errores.
Fecha Límite de Calificación	2014-01-23 15:00:00	Fecha máxima para calificar a proveedores.
Fecha Inicio de Puja	2014-01-24 15:00:00	Fecha en que inicia la puja.
Fecha Final de Puja	2014-01-24 15:30:00	Fecha en que finaliza la puja.
Fecha de Negociación	2014-01-27 09:00:00	Fecha para la Negociación
Fecha Estimada de Adjudicación	2014-01-27 17:00:00	Fecha estimada para la Adjudicación de la compra.

Como se puede observar en el referido cronograma, se estableció un término de dos días para la convalidación de errores, ya que el 17 de enero de 2014 fue viernes y el 21 de enero de 2014 fue martes, de esta forma se dio cumplimiento al mínimo del término establecido en el artículo 23 del RGLOSNC.

En este proceso es importante indicar que se presentó una sola oferta, a pesar de que se otorgó un plazo de 10 días para la entrega de propuestas.

Del acta de convalidación de errores se puede observar, que la Comisión Técnica en relación a la oferta presenta manifiesta:

“La oferta presentada por la compañía (...) con código SIE-002-002 (...) Debe Convalidar: Una vez efectuada la revisión previa a la oferta técnica presentada y con el propósito de aclarar y precisar la información adjunta a dicha oferta y de conformidad al artículo 6 de la Resolución INCOP No RE-2013-0000083, la Comisión Técnica resuelve por unanimidad requerir a la oferente presentar la siguiente documentación:

- *Presentar certificados actualizados de operación en territorio nacional y deberán estar vigentes durante el tiempo de duración del contrato.*
- *Presentar el Reglamento Interno de Seguridad y Salud de los trabajadores debidamente aprobados por el Ministerio de Relaciones Laborales si el número de trabajadores superan los 10.*
- *Detallar los vehículos y equipos que prestarán el servicio, por lo cual deberá adjuntar la siguiente documentación:*
- *Copia de la matrícula vigente a nombre del oferente, socio o accionista (No internación temporal)*
- *Fotocopia de cédula y RUC del oferente, socio o accionista propietario del vehículo o equipo.*
- *Permiso de operación emitido por la Agencia Nacional de Tránsito.*
- *Convenio de exclusividad para los vehículos destinados al uso permanente juramentado ante Notario Público por uso del vehículo o*

equipo entre la compañía y los socios dueños de los mismos -de ser el caso- o declaración juramentada ante Notario Público de uso exclusivo del vehículo o equipo para el objeto de la contratación, en ambos casos a favor de ORNCEM.

- *El contratista deberá cumplir con los lineamientos de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y su Reglamento, en especial a ser una compañía constituida de "Carga Pesada" (más de 3.5 T.); el tipo de licencia de sus trabajadores mencionado en el literal f, de este numeral (Arts. 62, 63, 64 y 132 del Reglamento a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre).*
- *Presentar las carpetas de todos y cada uno de los conductores, que contengan: Hoja de Vida, certificado de antecedentes penales, certificados que acrediten la experiencia del conductor (mínimo dos años), certificados médicos copia de la licencia de conducir vigente.*
- *Certificado de cumplimiento de obligaciones con la Superintendencia de Compañías actualizado, en original o copia notariada.*
- *Certificado de cumplimiento de obligaciones patronales emitido por Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en original o copia notariada.*
- *Presentar la Declaración del Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal Inmediato anterior que fue entregada al SRI.*

Una vez determinada la convalidación de errores de forma, se procede a tratar el punto 3 que a continuación se indica.”

Prácticamente del detalle citado la Comisión Técnica en la etapa de convalidación de errores está solicitando se remita información considerada

como requisitos mínimos en los pliegos precontractuales, la pregunta deviene en que se sustentó para hacerlo?

La entidad contratante fundamenta su requerimiento en literal a) de artículo 6 de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, en que se establece:

*“a) Que la información documental para verificación de un hecho, circunstancia o condición haya existido con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas, **siempre que de cualquiera de los documentos presentados con la oferta, conste la información que se solicita convalidar, Por lo tanto, no será convalidable la presentación de documentación que haya sido obtenida en fecha posterior a la fecha de presentación de ofertas.***

De presentarse información sobre la convalidación solicitada por la entidad contratante, a través de la que pretenda acreditarse un hecho, circunstancia o calidad cuya existencia sea posterior a la fecha límite de presentación de las ofertas, la misma no será considerada.”⁴³ (Lo resaltado me pertenece).

Del expediente de contratación de la entidad contratante, se puede observar que en la oferta se presentó todos los formularios requeridos en los pliegos, en los cuales consta la información sobre la cual se solicitó la convalidación; asimismo, se verificó que los documentos entregados en la etapa de convalidación fueron expedidos con fecha anterior a la fecha de límite de entrega de ofertas, con lo cual se cumple con la condición establecida en la

⁴³ Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. Art. 6, letra a)

letra a) del artículo 6 y letra d) del artículo 7 de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083.

Es interesante y oportuno indicar que el SERCOP en cumplimiento de sus atribuciones de ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, mediante Oficio Nro. SERCOP-DNCPCP-2014-0102-OF, de 06 de marzo de 2014, manifestó a la entidad contratante que ha encontrado ciertas observaciones en el proceso para la prestación del servicio de transporte, carga y descarga de tuberías y equipos petroleros, entre estas menciona: *“De la revisión del acta de convalidación publicada en el portal institucional se ha observado que su representada ha solicitado convalidar requisitos considerados de cumplimiento obligatorio(...)*⁴⁴, en consecuencia otorgar un término de cinco, para que se remita las explicaciones y acciones correspondientes.

Con Oficio No 0808-XXX-GGE-CCO-2014, de 14 de marzo de 2014, la entidad contratante dentro del término legal otorgado, respecto de la observación citada en el párrafo precedente manifestó: *“En el presente caso lo que realizó la Entidad Contratante es solicitar convalidar un error previsto en el artículo 6 literal a) de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, para constancia de ello los documentos presentados por el oferente en la etapa de convalidación de errores tienen fecha de emisión anterior a la fecha de presentación de la*

⁴⁴ Oficio Nro. SERCOP-DNCPCP-2014-0102-OF, de 06 de marzo de 2014.

*oferta.*⁴⁵

Sobre la contestación realizada por la entidad contratante el órgano rector de la contratación pública (SERCOP) no realizó observación adicional lo quiere decir que fue aceptada, esto se comprueba ya que el contrato celebrado fue ejecutado y concluyó sin inconveniente.

Con el estudio de este caso se puede deducir, que la convalidación de errores puede interpretarse de una forma extensiva, ya que las disposiciones legales que regulan esta etapa lo permite

CONCLUSIONES

Una vez realizado el estudio referente al tema de esta Tesis, podemos concluir:

1.- Con la promulgación en agosto de 2008 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, específicamente en su artículo 31, nació la figura de convalidación de errores de forma identificados en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública, en nuestro ordenamiento jurídico.

2.- El referido artículo 31 permitió la creación del artículo 23 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y posteriormente la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, expedida por el Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP- actual Servicio Nacional de

⁴⁵ Oficio No 0808-XXX-GGE-CCO-2014, de 14 de marzo de 2014

Contratación Pública, que pretende regular la etapa de convalidación de errores de forma.

3.- Estas disposiciones legales, permiten un alto grado de discrecionalidad de los funcionarios públicos que integran la Comisión Técnica o del delegado de la máxima autoridad según la naturaleza del proceso de contratación, al solicitar la convalidación de errores de forma presentados en los distintos procesos de contratación pública, debido que su contenido no permite una clara identificación de los errores de forma, pudiendo confundirlos con aquellos que son de fondo.

5.- El inciso final del artículo 23 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, permite interpretaciones extensivas a los oferentes para que en la etapa de convalidación de errores de forma puedan integrar documentos adicionales que subsanen las omisiones legales, técnicas o económicas de sus ofertas.

6.- La Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, que fue expedida con el fin de aplicar de una mejor manera el artículo 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, si bien intento aclarar lo que comprende un error de forma y de fondo, su contenido no permite una adecuada identificación de estos y por ende es usada para salvar ofertas o para descalificarlas, según el criterio de la Comisión Técnica o el delegado de la máxima autoridad.

7.- Las distintas legislaciones de los países suramericanos que fueron analizados en este trabajo contienen disposiciones referentes a la convalidación de errores de forma, en la mayoría de casos permiten altos grados de discrecionalidad, a excepción de la normativa colombiana y argentina que establecen parámetros claros y predeterminados para la aplicación de dicha convalidación.

RECOMENDACIONES

1.- Con la finalidad de reducir a la discrecionalidad que permiten las disposiciones legales en materia de convalidación de errores de forma identificados en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública en el Ecuador, se recomienda sustituir el artículo 23 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por el siguiente:

“Art. 23- Convalidación de errores de forma.- Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse bajo ningún concepto. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho término se fijará a criterio de la Entidad Contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes, a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec.

Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, siendo estos: errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

Dentro del período de convalidación y de forma motivada la entidad contratante con la finalidad verificar un hecho, circunstancia o condición del objeto de la contratación, podrá solicitar a los oferentes la presentación de documentos siempre que estos hayan sido emitidos con anterioridad a la fecha de entrega de ofertas y consten en un registro público.

Podrán ser considerados dentro de la etapa de convalidación de errores, la aclaración, ampliación o precisión requeridas respecto de una determinada condición cuando ésta se considere incompleta, poco clara o incluso contradictoria con respecto a otra información dentro de la misma oferta

Los errores aritméticos no serán materia de convalidación de la oferta económica, sino de corrección.

Cuando en las ofertas se detectare errores aritméticos relativos a los precios totales previstos en la tabla de cantidades y precios o cantidades requeridas por las entidades contratantes, será la máxima autoridad o su delegado o la Comisión Técnica, según corresponda, el responsable de realizar la corrección aritmética de la oferta. En ningún caso la máxima autoridad o su delegado o la Comisión Técnica, según el caso, podrá modificar el precio unitario ofertado.

Tratándose de procedimientos para la ejecución de obras el precio unitario ofertado será el constante en el Análisis de Precios Unitarios APU, el que deberá ser incorporado a la tabla de cantidades y precios. De existir diferencias entre el precio unitario previsto en el Análisis de Precios Unitarios y el de la Tabla de Cantidades y Precios, prevalecerá el del Análisis de Precios Unitarios.

Existiendo diferencias entre las unidades de medida o las cantidades requeridas en los pliegos y las ofertadas, se estará a las establecidas en los pliegos debiendo realizarse la corrección respectiva.

Las correcciones aritméticas no constituyen causa para el rechazo o descalificación de la oferta.

Las entidades contratantes no podrán, durante la etapa de convalidación de errores y bajo este tenor, requerir a los oferentes la justificación, presentación o acreditación de documentos o condiciones que no hubieran estado previstas en los pliegos del proceso.

Tampoco podrán las entidades contratantes dentro de esta etapa, formular aclaraciones, modificaciones o nuevos requerimientos respecto de las condiciones establecidas en los pliegos, ni sobre Las capacidades técnicas, económicas o legales de los oferentes.

En ninguna circunstancia se procederá a solicitar convalidación de

documentos o información que no se encuentre referenciada en la oferta.

En el caso de que los requerimientos de convalidación notificados por la entidad contratante no fueran presentados por el oferente en el término fijado para el efecto, o presentados no resulten satisfactorios, será causa para el rechazo o descalificación de la oferta; siempre y cuando éstos comprometan un requisito o capacidad jurídica, técnica o económica establecidos como mínimos en los pliegos del proceso.”

2.- Una vez sustituido el artículo 23 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deberá derogar la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, con esto se logrará que la convalidación de errores de forma sean únicamente regulada por la facultad reglamentaria del presidente de la república y no por órganos de inferior jerarquía a través de actos administrativos.

BIBLIOGRAFÍA

1. *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Marienhoff Miguel.
2. *“Derecho Administrativo Chileno y Comparado”*. Actos, Contratos y Bienes. Editorial Jurídica De Chile, Silva Cimma, Enrique.
3. *Manual de Derecho Público*. Fernández Suescum Diego Orlando, Ediciones Azpiazu. Quito – Ecuador. 2000.
4. *La Administración Pública*. Lerner Buitron Michelle Stiven. Editorial Abc. México Df. 2008.
5. *“Derecho Administrativo”*, García Enterria, Eduardo.
6. *“Tratado De Derecho Administrativo”* Gordillo, Agustín.

7. Eguiguren, Genaro, (2001), Reajustes Y Conflictos En Los Contratos Públicos, Corporación Editora Nacional, Uasb, Quito: Volumen 15, Serie Estatutos Jurídicos, 2001.
8. García De Enterría Martínez-Carande, Eduardo Y Otros, Una Nota Sobre El Interés Público Como Concepto Jurídico Indeterminado, Civitas, Revista Española De Derecho Administrativo, Nro. 89, Enero-Marzo, Editorial Civitas, 1996.
9. García Rodríguez, Franklin, La Conciliación En Derecho Administrativo, ¿Un Reto Para La Justicia Administrativa?, Bogotá, Primera Edición, Departamento De Publicaciones, Universidad Externado De Colombia, 2004.
10. Nan Aron: Libertad Y Justicia Para Todos, El Derecho De Interés Público Y Su Futuro Cercano, En Alliance For Justice. Westview Press, Colorado, 1989.
11. Agirreazukuenaga, I., Chinchilla, C., Flores, F., Hernández, A., Morales, M., Pantoja, R. Y Pérez, E. (2005): Descentralización, Administración Pública Y Constitución, Quito-Ecuador, Corporación Editora Nacional.
12. Alessandri Rodríguez, A.: De Los Contratos, Chile, Editorial Jurídica De Chile.
13. Andrade Ubidia, S., Trujillo, J. Y Viciano Pastor, R. (2004): La Estructura Constitucional Del Estado Ecuatoriano, Quito -Ecuador, Corporación Editora Nacional.
14. Brenes Córdoba, A. (1998): Tratado De Las Obligaciones, San José - Costa Rica, Juricentro.

15. Bercovitz Rodríguez - Cano, R. (2009): Tratado De Los Contratos, Valencia - España, Tirant Lo Blanch.
16. Bercaitz, M. (1980): Teoría General De Los Contratos Administrativos, Buenos Aires - Argentina, Depalma.
17. Cassagne, Jc. (2005): El Contrato Administrativo, Buenos Aires - Argentina, Lexisnexis.
18. Dromi, R. (1999): Licitación Pública, Buenos Aires - Argentina, Ciudad Argentina.
19. Dromi, R. (2006): Derecho Administrativo, Buenos Aires – Madrid - México, Ciudad Argentina – Hispania Libros.
20. Echandía, D. (2002): Teoría General Del Proceso, Buenos Aires - Argentina, Universidad. - 157 –
21. Fernández Vázquez, E. (1981): Diccionario De Derecho Público, Administrativo, Constitucional, Fiscal, Buenos Aires - Argentina, Astrea.
22. Fernández Ruiz, J. (1997): Derecho Administrativo, México D.F. - México, Mcgraw - Hill.
23. García De Enterría, E. Y Ramón Fernández, T. (2004): Curso De Derecho Administrativo. II Tomo, Madrid - España, Thomson - Civitas.
24. Guerra Ramos, C. (2010): Fiscalización Gubernamental, Loja - Ecuador, Editorial De La Universidad Técnica Particular De Loja.
25. Morales Tobar, M. (2010): Derecho Procesal Administrativo, Loja - Ecuador, Editorial De La Universidad Técnica Particular De Loja.
26. Penagos, G. (1977): El Acto Administrativo, Risaralda - Colombia, Quingráficas.

27. Salgado Pesantes, H. (2009): Derechos Y Garantías Constitucionales, Loja Ecuador, Editorial De La Universidad Técnica Particular De Loja.
28. Salguero Basto G. (1983): Contratos Administrativos, Bogotá - Colombia, Temis.
29. Santofino Gamboa, J. (2004): Tratado De Derecho Administrativo, Bogotá -Colombia, Editorial De La Universidad Externado De Colombia- 158-
30. Vidal Perdomo, J. (2004): Derecho Administrativo, Bogotá-Colombia, Legis.
31. Zambrano Albuja, P. (2010): Patrocinio Público, Loja - Ecuador, Editorial De La Universidad Técnica Particular De Loja.

NORMAS JURIDICAS

1. Constitución De La Republica
2. Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública Ecuador Y Su Reglamento General
3. Ley De Contratos Del Sector Público De España.
4. Real Decreto 817/2009, De 8 De Mayo, Por El Que Se Desarrolla Parcialmente La Ley 30/2007, De 30 De Octubre, De Contratos Del Sector Publico
5. Decreto 1510 De 2013, Expedido Por El Presidente De La República De Colombia (Colombia Compra Eficiente)
6. Estatuto Del Régimen Jurídico De La Función Ejecutiva (Erjefe-Ecuador).

7. Reglamento Para El Control De La Discrecionalidad En Los Actos De La Administración Pública (Decreto No. 3179-Ecuador).
8. Resolución No. 2013-83, Expedida Por El Instituto Nacional De Contratación Pública Hoy Servicio Nacional De Contratación Pública.
9. Reglamento De La Ley Nº19.886 De Bases Sobre Contratos Administrativos De Suministro Y Prestación De Servicios De Chile.
- 10.Reglamento De La Ley De Contratación Pública Del Estado, Perú.